

1.2 APLICABILIDADE DO MANDADO DE INJUNÇÃO COMO VIABILIZADOR DO EXERCÍCIO DO DIREITO SOCIAL AO LAZER

BERNARDO AUGUSTO FERREIRA DUARTE

Advogado

Pós-Graduando em Direito Constitucional pelo IEC (PUC/MG)

FERNANDO JOSÉ ARMANDO RIBEIRO

Advogado

Mestre e Doutor em Direito

Professor dos Cursos de graduação e pós-graduação em Direito da PUC/MG

Professor do Programa de Pós-Graduação - Faculdade de Direito Milton Campos

Membro da Comissão de Ética da Ordem dos Advogados do Brasil

Membro da Diretoria do Instituto dos Advogados de Minas Gerais

Coordenador da pós-graduação *lato sensu* do Centro de Estudos na Área Jurídica Federal e outro (CEAJUFE)

RESUMO: O presente trabalho científico pretende demonstrar, de forma breve e inteligível, com base nos fundamentos básicos do paradigma democrático, como o mandado de injunção, após anos de vilipêndio e flagrante ineficácia, teve finalmente reconhecida a sua importância pelo Supremo Tribunal Federal, órgão que, há quase vinte anos, aniquilara o instituto mediante uma interpretação que, pautada em uma pretensa defesa do princípio da Separação dos Poderes, acabou por suprimir-lhe a utilidade como uma garantia constitucional. Pretende-se, ainda, demonstrar que o mandado de injunção, descrito no rol dos direitos fundamentais como garantia constitucional, é o instrumento jurídico próprio e eficaz para a solução, no caso concreto, da inviabilidade do exercício do direito social ao lazer, descrito nos artigos 6º, 7º, inciso IV, e 227, *caput*, todos da Constituição da República de 1988, causada pela inexistência de norma regulamentadora.

PALAVRAS-CHAVE: Mandado; injunção; direito; social; lazer.

ABSTRACT: The present scientific study aims at intelligibly and briefly showing, based on the democratic paradigm fundamentals, how the Writ of Injunction, after years of vilification and flagrant inefficiency, had its importance finally recognized by the Supreme Court, which had annihilated the tool through an interpretation that, based on a supposed defense of Separation of the Powers principle, ended up suppressing its utility as a constitutional guarantee almost twenty years ago. Moreover, it aims at showing that the Writ of Injunction described in the array of the basic rights as a constitutional guarantee is the proper and efficient tool for solving, in the particular case, the non-viability, of the exercise of the leisure social right

as described in the articles 6, 7, number IV, and 227, *caput*, all of them from the Republic Constitution of 1988, when caused by the inexistence of a ruling norm.

KEY WORDS: Writ; injunction; right; social; leisure.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Compreensões acerca do mandado de injunção. 2.1. Compreensões doutrinárias. 2.2 Compreensões existentes no Supremo Tribunal Federal acerca da natureza da decisão concessiva do mandado de injunção. 3. Problema das compreensões do Supremo Tribunal Federal. 3.1 Crítica às posições do *STF* relativamente à decisão concessiva do mandado de injunção 4. Crítica ao entendimento dos direitos fundamentais como comandos otimizáveis e à tese da “reserva do possível”. 4.1 Normas *versus* valores: direitos fundamentais como princípios deontológicos ou como comandos otimizáveis. 4.2 Crítica à tese da garantia do exercício dos direitos no limite ou na reserva do possível. 5. Análise do direito social ao lazer e da importância de sua efetividade. 6. Análise dos reais efeitos da decisão concessiva do mandado de injunção à luz do Estado Democrático de Direito. 7. Mandado de injunção como viabilizador do direito social ao lazer. 8. Conclusão. 9. Referências bibliográficas.

1. Introdução

Descrito no art. 5º, inciso LXXI, da Constituição da República de 1988, o mandado de injunção é, com certeza, uma das garantias constitucionais mais importantes para a efetivação da nossa Lei Maior, sobretudo, no que tange ao exercício dos direitos e liberdades constitucionais, além das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.

Muito já se escreveu acerca desse Instituto Jurídico, principalmente no que diz respeito à sua finalidade. Todavia, poucas foram as pesquisas científicas que, de fato, tenderam a solucionar o problema de sua ineficácia. Diante disso, apesar de constituir uma das garantias constitucionais mais importantes para a real efetivação do Estado Democrático de Direito no Brasil, o Mandado enfrenta, hoje, passados quase vinte anos da promulgação da nossa Constituição, uma crise inefável, tendente a suprimir, inclusive, a sua utilidade.

Pelo presente artigo científico, tentarei demonstrar que o mandado de injunção é o instrumento próprio e eficaz para solução do problema referente à inexistência de norma regulamentadora que, no caso concreto, inviabiliza o exercício do direito social ao lazer – descrito nos artigos 6º, 7º, inciso IV, e 227, *caput*, todos

da Constituição da República de 1988. Para tanto, será necessário criticar o entendimento jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal acerca dessa garantia constitucional, o que farei com base nos ensinamentos de Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira e Jürgen Habermas.

O estudo em epígrafe, indiscutivelmente, contribuirá para a evolução da Ciência do Direito, em especial, no que tange ao *writ of injunction*, visto que discutirá a possibilidade de solução do problema relacionado à inviabilidade do exercício do direito social ao lazer pelo (ou através desse) instituto, cuja utilidade foi quase que eliminada após a “leitura” a ele atribuída pela corrente majoritária do Supremo Tribunal Federal, que, felizmente, começa a ser revista.¹

2. Compreensões acerca do mandado de injunção

2.1 Compreensões doutrinárias

Consoante a doutrina pátria, três foram as compreensões que, inicialmente, se formaram acerca da aplicabilidade do mandado de injunção. A primeira delas, defendida por Manoel Gonçalves Ferreira Filho, entendia que a norma definidora do mandado de injunção não seria auto-aplicável. A segunda, defendida, a título de exemplo, por Gilmar Ferreira Mendes e adotada por muitos anos pela corrente majoritária do Supremo Tribunal Federal, entendia que a norma definidora do mandado de injunção seria auto-aplicável e que o referido instituto seria uma ação (modelo procedimental) que teria a finalidade de declarar a omissão inconstitucional de Poder, órgão ou autoridade, sem, contudo, regulamentar o caso concreto - sendo, portanto, muito semelhante à Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão. A terceira, defendida, entre outros, por Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira, entendia que a norma definidora do mandado de injunção seria auto-aplicável. Além disso, em contraponto às demais correntes, defendia que o instituto visaria, declarada a falta de norma regulamentadora, garantir o exercício do direito constitucional inviabilizado, regulamentando a Constituição para o caso concreto. (Cf. CATTONI, 1998, p. 102).

Num momento inicial, cumpre apenas destacar que, para os defensores da primeira corrente, tornar auto-executável uma norma incompleta (tal como a definidora do mandado de injunção - na opinião desses doutrinadores) seria contrário à (própria) natureza das coisas. Essa idéia foi severamente combatida por Cattoni:

Ora, qual é a racionalidade de um argumento como esse que,

¹ Recentemente, o STF alterou a sua posição majoritária acerca do mandado de injunção (MI 670/ES, MI 708/PB, MI 712/DF e MI 721/DF). Nesse sentido, confira-se o tópico 3.3 do presente trabalho.

além do mais, não reconhece normatividade à Constituição? Até que ponto é possível apelar para uma possível natureza em si da norma constitucional? E, mais, quando é a própria Constituição, como vimos, que estabelece e explicita a sua própria vinculabilidade? Claro que não se pode fazê-lo, até mesmo porque não é possível, com base num mínimo de consciência hermenêutica, falar em algo como 'natureza das coisas'. (CATTONI, 1998, p. 103/104)

A concepção de Cattoni está em perfeita consonância com os *princípios de interpretação constitucional*² da *unidade da constituição*, da *concordância prática* e da *força normativa da constituição*, idealizados por Konrad Hesse. Aludidos princípios pautam-se na moderna (pós-moderna) concepção acerca da Hermenêutica Jurídica (gênero), a qual defende o afastamento dos velhos métodos de interpretação (*literal (gramatical), lógico, sistemático, histórico e teleológico*)³ e a criação de novos critérios interpretativos, no que toca à espécie Hermenêutica Constitucional, advindos da especificidade da natureza da Constituição. (Cf. PEREIRA, 2001, p. 100/103)

Portanto, a posição adotada por Manoel Gonçalves Ferreira Filho é completamente ultrapassada, porquanto não se coaduna com o “espírito” da Constituição da República de 1988, nem com os princípios do Estado Democrático de Direito, que balizaram a sua redação. Nesse sentido, não mais se discute na atualidade que a norma definidora do mandado de injunção seja auto-aplicável (ou norma de eficácia plena), porque essa foi a leitura a ela atribuída pela própria Constituição da República de 1988, no sentido de que “as normas definidores de direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata” (Artigo 5º, parágrafo único, CF/88). Atualmente, o grande debate doutrinário é acerca da natureza da decisão concessiva do mandado de injunção, discussão que repercute, obviamente, na aplicabilidade e na efetividade desse instituto.

2.2 Compreensões existentes no Supremo Tribunal Federal acerca da natureza da decisão concessiva do mandado de injunção

Segundo Alexandre de Moraes, dentro do Supremo Tribunal Federal existem

² Em *Hermenêutica Jurídica e(m) Debate*, Álvaro Ricardo de Souza Cruz, para justificar a análise dos princípios por ele procedida, enquanto espécies normativas, define os “princípios” da “*supremacia da Constituição*”, da “*unidade*”, da “*concordância prática*” e da “*subsidiariedade*”, descritos por Hesse como *princípios de interpretação constitucional*, como postulados jurídicos, ou seja, “*condições de possibilidade para o conhecimento destrancendentalizado do sistema jurídico*” (CRUZ, 2007, p. 269).

³ Acerca do tema, vide CAMARGO, 2003: 65 e ss., 74 e 80.

basicamente duas correntes acerca dos efeitos da decisão concessiva do mandado de injunção. Essas correntes/concepções são por ele denominadas, respectivamente, concretista e não concretista. Para a posição concretista, presentes os requisitos constitucionais exigidos para o mandado de injunção, caberia ao Poder Judiciário, através de uma decisão constitutiva, declarar a existência de omissão administrativa ou legislativa e implementar o exercício do direito, até a incidência de regulamentação, a ser imposta pelo poder competente. Por sua vez, a vertente não concretista, adotada por muito tempo pela jurisprudência dominante no Supremo Tribunal Federal:

[...] se firmou no sentido de atribuir ao Mandado de Injunção a finalidade específica de ensejar o reconhecimento formal da inércia do Poder Público, ‘em dar concreção à norma constitucional positivadora do direito postulado, buscando-se, com essa exortação ao legislador, a plena integração normativa do preceito fundamental invocado pelo impetrante do Writ como fundamento da prerrogativa que lhe foi outorgada pela Carta Política. Sendo esse o conteúdo possível da decisão jurisdicional, não há falar em medidas jurisdicionais que estabeleçam, desde logo, condições viabilizadoras do exercício do direito, da liberdade ou da prerrogativa constitucionalmente prevista, mas, tão somente, deverá ser dada ciência ao poder competente para que edite a norma faltante. (MORAES, 2006, p. 162)

A posição concretista pode ser subdividida em duas espécies: Concretista Geral, para a qual “a decisão produzirá efeitos erga omnes, implementando o exercício da norma constitucional através de uma normatividade geral, até que a omissão fosse suprida pelo poder competente” (MORAES, 2006, p. 160); e Concretista Individual, que defende que a decisão do poder judiciário só produzirá efeitos para o autor do mandado de injunção, portanto, *in concreto*. Esta última ainda possui duas subespécies: concretista individual direta e concretista individual intermediária. Pela primeira, defendida pelos Ministros Carlos Velloso e Marco Aurélio, “o Poder Judiciário, imediatamente ao julgar procedente o mandado de injunção, implementa a eficácia da norma constitucional ao autor” (MORAES, 2006, p. 160). Pela segunda, defendida pelo Ministro Néri da Silveira, “após julgar a procedência do

mandado de injunção, fixar-se-ia ao Congresso Nacional o prazo de 120 dias para a elaboração da norma regulamentadora” (MORAES, 2006, p. 160), ao término do qual, mantida a inércia em elaborar a norma, caberia ao Poder judiciário fixar as condições necessárias ao exercício do direito pelo autor.

Todas essas concepções, conforme se demonstrará, são passíveis de crítica, uma vez que não se adaptam ao paradigma⁴ do Estado Democrático de Direito.

3. Problema das compreensões do Supremo Tribunal Federal

Conforme exposto de forma genérica no tópico anterior, as posições do Supremo Tribunal Federal acerca da decisão concessiva do mandado de injunção são problemáticas, sobretudo se analisadas à luz do paradigma democrático, porquanto estão pautadas em uma interpretação paradigmática liberal e/ou social do princípio da separação dos poderes.

Antes de criticá-las, portanto, é necessário discorrer sobre os paradigmas jurídicos do Estado Moderno,⁵ para, então, dissertar sobre o princípio da separação dos poderes à luz de cada um deles.

Sinteticamente, sob o paradigma liberal, cabe ao Estado,

[...] através do Direito Positivo, garantir a certeza nas relações sociais, através da compatibilização dos interesses privados de cada um como o interesse de todos, mas deixar a felicidade ou a busca da felicidade nas mãos de cada indivíduo. (CATTONI, 2002, p. 37).

Em linhas gerais:

Em nível de esfera privada, reconhecem-se direitos naturais, vida, liberdade e propriedade. Em nível de esfera pública, convencionam-se direitos perante o Estado e direitos à comunidade estatal: status de membro (nacionalidade), igualdade perante a lei, certeza e segurança jurídicas, tutela jurisdicional, segurança pública, direitos políticos etc.

⁴ Acerca do termo “paradigma”, Cattoni afirma que “[...] as compreensões jurídicas paradigmáticas de uma época, refletidas na dinâmica das ordens jurídicas concretas, referem-se a imagem implícitas que se tem da própria sociedade; um conhecimento de fundo, um *background*, que confere às práticas de fazer e de aplicar o Direito uma perspectiva, orientando o projeto de realização de uma comunidade”. (CATTONI, 2002, p. 81/82)

⁵ Consoante Mario Lúcio Quintão, Estado é uma expressão que “[...] deve ser observada como uma comunidade de indivíduos, tornados cidadãos, estabelecida em determinado território e com poder político capaz de impor-se a todos os membros dessa comunidade”. (QUINTÃO, 2001, p. 141)

(CATTONI, 2002, p. 37).

A constituição, no Estado Liberal, é lida como “lei fundamental do Estado” (SILVA, 2001, p. 37). É ela “que juridifica o Estado, que legitimado pelo Direito e pelo regime representativo, passa a ser concebido como Estado de Direito, como Estado Constitucional.” (CATTONI, 2002, p. 38)

O constitucionalismo liberal é marcado pela idéia de Estado Mínimo, cuja função é proteger o indivíduo contra qualquer forma de opressão – venha ela do próprio Estado ou das massas (conjunto de indivíduos, sociedade) – o que é feito, sobretudo, por meio da Constituição, através da garantia dos direitos fundamentais do indivíduo, da divisão de poderes⁶ e da representação política. (Cf. VILANI, 2002, v. 8, n. 11, p. 5). Nesse diapasão, à luz do paradigma Liberal, o Poder Legislativo possui supremacia sobre os demais órgãos governamentais (Poder Executivo e Judiciário). A ele cabe a elaboração das leis, as quais sofrem limitações negativas, presentes na Declaração dos Direitos. Ao Poder Judiciário cabe dirimir os conflitos existentes entre os particulares, ou entre estes e o Estado, desde que provocado a exercer a sua função (jurisdicional). Ele deve, respeitada a igualdade formal expressa na Constituição, aplicar o direito positivo vigente de modo estrito, solucionando os conflitos intersubjetivos “através de processos lógico-dedutivos de subsunção do caso concreto às hipóteses normativas, estando sempre vinculado ao sentido literal, no máximo lógico, da lei, enfim, sendo a boca da lei.” (CATTONI, 2002, p. 57; CATTONI, 1998, p. 39).⁷ Ao Poder Executivo, por sua vez, cabe implementar o Direito, garantindo a certeza e a segurança, tanto sociais quanto jurídicas, seja interna ou externamente. Para Habermas, essa visão clássica decorre de uma interpretação limitada do *conceito de lei*. (cf. HABERMAS, 2003d, p. 236)

O grande problema desse paradigma é que a simples garantia das liberdades individuais acaba por não garantir a igualdade de fato (material) entre os cidadãos, mas tão somente a igualdade formal (perante a lei). Exatamente em virtude disso, com o fim da Primeira Guerra Mundial, marco da crise da sociedade liberal, tem início a fase histórica do Constitucionalismo Social. (CATTONI, 1998, p. 40; CATTONI, 2002, p. 59)

⁶ A separação dos poderes, hoje considerada como princípio geral do Direito Constitucional (cf. SILVA, 2001, p. 106; CATTONI, 2002, p. 56; CATTONI, 1998, p. 38), consiste na atribuição das diferentes funções governamentais a órgãos estatais distintos. Não obstante ter adquirido projeção internacional com Montesquieu, que lhe inseriu o sistema de freios e contrapesos, sua gênese remonta a Grécia Antiga. (cf. SILVA, 2001, p. 109 e QUINTÃO, 2001, p. 109). Ele é recepcionado pelas Constituições de todos os paradigmas modernos de Estado, e, sob o paradigma do Estado Liberal, tem a sua operacionalidade adstrita ao sistema de freios e contrapesos, em fidedigna obediência à idéia de Montesquieu.

⁷ Nesse sentido, ver também CRUZ, 2007, p. 272/273.

O Estado Social, que se firma com o fim da Segunda Grande Guerra, acaba por redefinir os clássicos direitos de vida, liberdade, propriedade, segurança e igualdade. O antes “cidadão-proprietário” (CATTONI, 2002, p. 59) do Estado Liberal torna-se “cliente de uma Administração Pública garante de bens e serviços.” (CATTONI, 2002, p. 59) Sob esse paradigma, cabe ao Estado, através de ações diretas e indiretas, intervir na economia com o intuito de manter o capitalismo, o que é feito “através de uma proposta de bem-estar (Welfare State) que implica uma manutenção artificial da livre concorrência e da livre iniciativa, assim como a compensação das desigualdades sociais através de direitos sociais.” (CATTONI, 2002, p. 59)

O texto da Constituição (que continua sendo a lei fundamental do Estado) passa a conter normas (princípios) que consagram programas de aplicação futura, ou seja, que serão efetivamente implementados à medida que o Estado possuir condições (financeiras, espaciais, estruturais etc.) para tanto. Assim, a Constituição passa a ser “o estatuto jurídico-político fundamental” também da sociedade, representando a “medida material” desta. (CATTONI, 2002, p. 60; CATTONI, 1998, p. 41) Dessa forma, “o Direito passa a ser interpretado como sistema de regras e de princípios otimizáveis, consubstanciadores de valores fundamentais, bem como programas de fins, realizáveis no ‘limite do possível.’” (CATTONI, 1998, p. 41) Paulo Bonavides descreve com maestria essa quebra de paradigmas:

Quando as Constituições contemporâneas, ao constituírem o Estado de Direito sobre bases normativas, pareciam haver resolvido a contento, durante o século XIX, esse desafio, eis que as exigências sociais e os imperativos econômicos, configurativos de uma nova dimensão da Sociedade a inserir-se no corpo jurídico dos textos constitucionais, trouxe à luz a fragilidade de todos os resultados obtidos. As antigas Constituições, obsoletas e ultrapassadas, viram então ao redor de si o clima da *programaticidade* com que os modernos princípios buscavam concretizar um novo direito, por onde afinal se operou a elaboração das Constituições do século XX (BONAVIDES, 2004, p. 232).

Com a crise do paradigma liberal e o conseqüente apogeu do *Estado de Bem-Estar*, o princípio da separação dos poderes é reinterpretado. Nesse contexto, perde importância a expressão “separação dos poderes”, a tal ponto que os doutrinadores passam a falar em funções do Estado, “já que não haveria propriamente uma atribuição de diferentes poderes a órgãos distintos, mas sim a de funções a órgãos distintos que as exercem cooperativamente, na unidade da soberania estatal.” (CATTONI, 2002, p. 50; CATTONI, 1998, p. 41/42). Sob o paradigma de Estado Social:

O Poder Executivo, na figura do Presidente da República ou

do Primeiro-Ministro, passa a ser dotado de instrumentos jurídicos, inclusive legislativos, de intervenção direta e imediata na economia e na sociedade civil, em nome do ‘interesse coletivo, público, social ou nacional’.

Ao Poder Legislativo, na figura do Congresso ou Assembléia, além da atividade legislativa cabe o exercício de funções de fiscalização e de apreciação da atividade da administração pública e da atuação econômica do Estado.

Ao Poder Judiciário, seus Tribunais e juízes, cabe, no exercício da função jurisdicional aplicar o direito material vigente aos casos concretos submetidos à sua apreciação, de modo construtivo, buscando o sentido teleológico de um imenso ordenamento jurídico. Não se prendendo à literalidade da lei e à de uma enormidade e regulamentos administrativos ou a uma possível intenção do legislador, deve enfrentar os desafios de um Direito lacunoso, cheio de antinomias. E será exercida tal função através de procedimentos que muitas vezes fogem ao ordinário, nos quais deve ser levada mais em conta a eficácia da prestação ou tutela do que propriamente a certeza jurídico-processual-formal: no Estado Social, cabe ao juiz, enfim, no exercício da função jurisdicional, uma tarefa densificadora e concretizada do Direito, a fim de se garantir, sob o princípio da igualdade materializada, “a Justiça no caso concreto” (CATTONI, 2002, p. 42; CATTONI, 1998, p. 60/61).

Dessa forma, o princípio da separação dos poderes deixa de ser interpretado sob uma ótica de subordinação e passa a ser entendido sob uma perspectiva de colaboração, cujo objetivo final é o de propiciar aos cidadãos – clientes da administração – os direitos consubstanciadores de valores fundamentais e de programas de fins, desde que, evidentemente, haja aportes materiais para tanto, ou seja, no “limite do possível”.

O inchaço do aparato estatal, os custos crescentes do Estado de Bem-Estar e a incapacidade das empresas públicas, ante a ausência de investimentos, de gerarem lucros, foram alguns dos vários problemas enfrentados pelo Estado Social. Como se não bastasse, o Estado Social, em contraposição à positivação dos direitos individuais, acabou por não tornar efetivos muitos dos valores (pois, como já foi dito, assim foram entendidos os direitos) que se propôs a garantir através da Constituição.⁸

⁸ A crise do *Welfare State*, que se desencadeou também para as suas instituições, foi causada, ainda, pela internacionalização dos mercados e pela *transnacionalização* da produção. (Sobre o assunto, ver QUINTÃO, 2001, p. 295.)

A *programaticidade* dissolveu o conceito jurídico de Constituição, penosamente elaborado pelo constitucionalismo do Estado Liberal e pelos juristas do positivismo. De sorte que a eficácia das normas constitucionais voltou à tela de debate, numa inquirição de profundidade jamais dantes lograda. (BONAVIDES, 2004, p. 232)

Nesse contexto, surge, como forma de “[...] ruptura com as ordens constitucionais anteriores” (CATTONI, 2002, p. 63), um novo paradigma de Estado, a saber, o Democrático de Direito:

No esteio de novos movimentos sociais, tais como o estudantil de 1968, o pacifista, o ecologista e os de luta pelos direitos das minorias, além de movimentos contraculturais, que passam a eclodir a partir da segunda metade da década de 60, a ‘nova esquerda’, a chamada esquerda-não estalinista, a partir de duras críticas tanto ao Estado de Bem-Estar [...], quanto ao Estado de socialismo real [...], cunha a expressão Estado Democrático de Direito. O Estado Democrático de Direito passa a configurar uma alternativa de superação tanto do Estado de Bem-Estar quanto do Estado de socialismo real. (CATTONI, 2002, p. 62; CATTONI, 1998, p.43)

Habermas defende que o Estado Democrático de Direito deve ser entendido com base na teoria do discurso (do Direito e da Democracia) (Acerca da “*teoria do discurso*”, ver: HABERMAS, 2002i, p. 280/281, e, ainda, HABERMAS, 2003D, p. 221). Para ele, embora no meio acadêmico seja comum abordar “o direito, o Estado de Direito e a democracia como objetos pertencentes a disciplinas diversas”, isso não significa, de modo algum, “que possa haver do ponto de vista normativo um Estado de Direito sem democracia.” (HABERMAS, 2002J, p. 285/286). Em suas palavras:

[...] a organização do Estado de direito deve servir, em última instância, à auto-organização política autônoma de uma comunidade, a qual se constituiu, com o auxílio do sistema de direitos, como uma associação de membros livres e iguais do direito. As instituições do Estado de direito devem garantir

um exercício efetivo da autonomia política de cidadãos socialmente autônomos para que o poder comunicativo de uma vontade formada racionalmente possa surgir, encontrar expressão em programas legais, circular em toda a sociedade através da aplicação racional, da implementação administrativa de programas legais e desenvolver a sua força de integração social – através de estabilização de expectativas e da realização de fins coletivos. (HABERMAS, 2003d, p. 211/213, 220)

Sob o paradigma do Estado Democrático de Direito, a Constituição “[...] determina procedimentos políticos, segundo os quais os cidadãos, assumindo o seu direito de autodeterminação, podem perseguir cooperativamente o projeto de produzir condições justas de vida.”(CATTONI, 2002, p. 66; CATTONI, 1998, p. 47). O Direito, portanto, “[...] só cumpre a sua função de estabilizar expectativas de comportamento quando preserva uma conexão interna com garantia de um processo democrático através do qual os cidadãos alcancem um entendimento acerca das normas de seu viver em conjunto”.(CATTONI, 2002, p. 66; CATTONI, 1998, p. 47).

À luz dessa quebra de paradigmas, o princípio da separação dos poderes é (re)interpretado.⁹ Assim é que os “poderes” (ou órgãos do Estado) passam a exercer as suas funções (executivas/administrativas, legislativas e jurisdicionais) de forma independente, mas harmônica¹⁰, com o intuito de tornar efetivos os direitos fundamentais, o que se faz através da institucionalização destes (CATTONI, 2002, p. 72/73). Nas palavras de Habermas, sob o paradigma democrático, o princípio da separação dos poderes deve ser entendido com base na teoria do discurso. (HABERMAS, 2003d, p. 238/239). Nesse diapasão, as funções executiva, legislativa e jurisdicional são exercidas de forma a, através de um processo democrático baseado no discurso, garantir direitos fundamentais aos cidadãos. Assim é que o Poder Executivo deve ser organizado a ponto de implementar, através de tecnologias e estratégias de ação, os programas por ele propostos. O Poder Judiciário, igualmente independente, organizado e, sobretudo, imparcial, deve solucionar as controvérsias que lhe são propostas pelos cidadãos, proferido decisões fundamentadas e consistentes (não atreladas a uma mera interpretação literal do conteúdo da lei),

⁹ Essa nova interpretação (ou reinterpretção) foi pautada na garantia dos direitos fundamentais (ou direitos básicos), a saber, o Direito a iguais liberdades subjetivas, o Direito a iguais direitos de pertinência (direitos de nacionalidade), o Direito à tutela jurisdicional, o Direito à elaboração legislativa autônoma e os Direitos participatórios, subestúculos do *novel* paradigma democrático. (ver CATTONI, 2002, p. 71-73; CATTONI, 1998, p. 53-54).

¹⁰ A própria Constituição, já em seu artigo 2º, define que “[...] são Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”. Vide BRASIL. Constituição, 1988: Constituição da República Federativa do Brasil, 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 30 abr. 2006 a 14 mar. 2007.

as quais respeitem as garantias constitucionais processuais. Finalmente, o Poder Legislativo deve elaborar as leis, respeitando um processo democrático de formação da vontade (caracterizado pelo discurso), que garanta um assentimento intersubjetivo, de forma que os cidadãos (entendidos como co-associados livres e iguais perante o direito) possam ser considerados, ao final, como os formadores de suas próprias leis.

3.1 Crítica às posições do STF relativamente à decisão concessiva do mandado de injunção

Diante das explicações acima, torna-se evidente que o Supremo Tribunal Federal necessita, urgentemente, rever as suas posições acerca da decisão concessiva do mandado de injunção, posto que elas são “[...]fruto de uma compreensão dos princípios da separação dos poderes e dos direitos e garantias fundamentais inadequada ao paradigma do Estado Democrático de Direito, paradigma, esse, refletido na Ordem Constitucional brasileira.”(CATTONI, 1998, p. 26)

É bem verdade que, atualmente, através do julgamento dos Mandados de Injunção 670/ES, 708/PB, 712/DF, relativos à questão do direito de greve dos servidores públicos (inviabilizado pela ausência de norma regulamentadora), o Supremo Tribunal Federal finalmente alterou a sua concepção majoritária acerca dos efeitos da decisão concessiva do mandado de injunção (de não concretista para concretista), garantindo-lhe, enfim, efetividade e utilidade.¹¹

Não obstante esse inegável progresso em busca da *resposta correta*¹² para o caso, todas as concepções do Supremo Tribunal Federal acerca dos efeitos da decisão

¹¹ Nesse sentido, confira-se o julgamento do Pleno do Supremo Tribunal Federal, proferido no MI 670/ES, e repetido nos MI(s) 708/PB e 712/DF – “Decisão: *O Tribunal, por maioria, conheceu do mandado de injunção e propôs a solução para a omissão legislativa com a aplicação da Lei nº 7.783, de 28 de junho de 1989, no que couber*, vencidos, em parte, o Senhor Ministro Maurício Corrêa (Relator), que conhecia apenas para certificar a mora do Congresso Nacional, e os Senhores Ministros Ricardo Lewandowski, Joaquim Barbosa e Marco Aurélio, que limitavam a decisão à categoria representada pelo sindicato e estabeleciam condições específicas para o exercício das paralisações. Votou a Presidente, Ministra Ellen Gracie. Lavrará o acórdão o Senhor Ministro Gilmar Mendes. Não votaram os Senhores Ministros Menezes Direito e Eros Grau por sucederem, respectivamente, aos Senhores Ministros Sepúlveda Pertence e Maurício Corrêa, que proferiram voto anteriormente. Ausente, justificadamente, a Senhora Ministra Cármen Lúcia, com voto proferido em assentada anterior. Plenário, 25.10.2007.” *É oportuno mencionar que, em 30/11/2007, foi publicado no Diário de Justiça da União o acórdão do MI 721-7/DF, relatado pelo Ministro Marco Aurélio, em que o Supremo consolidou a posição concretista, desta feita em matéria previdenciária. Esse acórdão demonstra um amadurecimento do Supremo Tribunal Federal acerca da natureza da decisão concessiva do mandado de injunção*, (Informações disponíveis no site: <http://www.stf.gov.br>, acessado em 6 de Maio de 2008 – grifo acrescido).

¹² Acerca da conceito de resposta correta, vide (CRUZ, 2007, p. 241 e 247)

concessiva do mandado de injunção, seja concretista ou não concretista, derivam, ou de uma leitura do princípio da separação dos poderes com base no paradigma do Estado Liberal, ou de uma interpretação do aludido princípio à luz do paradigma do *Welfare State*.

A posição não concretista, por exemplo, que por longos dezenove anos perdurou como concepção majoritária no Supremo, é pautada no clássico sistema de freios e contrapesos (*checks and balances*) idealizado por Montesquieu, o qual é caracterizado, como já foi dito, por uma compreensão estrita do princípio da separação dos poderes (CATTONI, 1998, p. 95). Ao discorrer sobre a posição não concretista, sem, contudo, utilizar essa classificação, Marcelo Cattoni afirma:

O entendimento jurisprudencial dado ao Mandado de Injunção pelo Supremo Tribunal Federal compromete a eficácia desse instituto como garantia constitucional, já que nega a possibilidade jurídica de o Poder Judiciário suprir *in concreto* a falta de norma regulamentadora que torne viável o exercício desses direitos, liberdades e prerrogativas e, com base nisso, apresentar solução para o caso concreto, praticamente reduzindo os efeitos da decisão concessiva do MI à mera declaração de inconstitucionalidade por omissão [...] (CATTONI, 1998, p. 24).

Prosseguindo em suas críticas, ele afirma:

É como se a Constituição tivesse criado dois institutos cujos efeitos práticos seriam os mesmos, ou seja, os da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão. E nesse caso, qual seria o interesse processual de qualquer um para agir em juízo? Qual a necessidade de se estabelecer, como fez a Constituição no artigo 103, os legitimados para a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, se qualquer um pode conseguir o mesmo por via do Mandado de Injunção? Como é que o Mandado de Injunção, nos termos adotados por esta tese, pode ser interpretado como garantia constitucional de direitos se, com base nesta posição, ele, por fim, nada ou quase nada garantiria? (CATTONI, 1998, p. 105/106).

O fato é que, ao igualar dois institutos diferentes da Constituição, o Supremo Tribunal Federal, claramente, o faz em virtude de uma interpretação liberal do princípio da separação dos poderes. Isso porque, em sede de mandado de injunção, regulamentar o caso concreto significaria, para a posição não concretista do Supremo Tribunal Federal, adentrar o campo de competência do poder legislativo, uma vez que o

Poder Judiciário estaria exercendo atividade legislativa. Para que isso não ocorresse, a decisão concessiva do mandado de injunção só poderia gerar efeitos declaratórios, significando apenas um reconhecimento formal da inércia do Poder Legislativo em dar concreção à norma constitucional positivadora do direito postulado, pelo que seus efeitos seriam os mesmos da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão.

Ocorre que, sob o paradigma Estado Democrático de Direito, a interpretação do princípio da separação dos poderes está intimamente ligada à garantia de direitos fundamentais (ou básicos). Por esse motivo, não faz sentido privar o Poder Judiciário da prerrogativa de resolver o caso específico (concreto) através da atividade de regulamentação, quando, *in casu*, esteja sendo tratada questão atinente a direitos fundamentais. Uma compreensão pautada no paradigma democrático assegura ao Poder Judiciário, portanto, a função de garantir, processualmente, o exercício de direitos constitucionais inviabilizados por falta de norma regulamentadora. Essa atividade jurisdicional, em sede de mandado de injunção, não deve ser compreendida “[...] como sendo legislativa, mas de regulamentação, e regulamentação para o caso concreto.”(CATTONI, 1998, p. 105/106)

Diante da explicação acima, percebe-se que a posição concretista do Supremo Tribunal Federal também deriva de uma compreensão inadequada do princípio da separação dos poderes à luz do paradigma do Estado Democrático de Direito. Essa inadequação se reflete em todas as suas espécies e subespécies, inclusive, na concretista individual direta.

A posição concretista individual intermediária, p. ex., cuja gênese se deve à decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no MI nº. 232¹³ (Relator Ministro Moreira Alves), é severamente criticada por Marcelo Cattoni:

[...] até essas últimas decisões pecam tanto pelos fundamentos, quanto por condicionarem os efeitos constitutivos da decisão concessiva do Mandado de Injunção a transcurso de prazo fixado para que o Poder Legislativo legisle; também, por ainda deixarem, de um modo ou de outro, o caso concreto sem solução, já que não há expedição de ordem, com base na decisão, para que se garanta de fato o exercício do direito, liberdade ou prerrogativa, negado sob a alegação de falta de norma regulamentadora. (CATTONI, 1998, p. 25/26)

Uma reflexão acerca da posição concretista intermediária comprova, mais uma vez, que o *STF* confunde a atividade de implementação do exercício de direitos

¹³ MI nº 232 – RJ, Rel. Min. Moreira Alves, RTJ Vol. 00137-03, p. 965 a 984, DJ 27/03/1992 <http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/nova/pesquisa.asp>. Acesso em: 30 abril/06 e 14 março/07.

inviabilizados por ausência de norma regulamentadora – exercida pelo Poder Judiciário – com o exercício de legislar. É em razão dessa confusão que os defensores dessa posição sustentam a necessidade de prévia comunicação, ao Poder legislativo, da “omissão inconstitucional”, para só depois, mantida a inércia em legislar, admitir a implementação *in concreto*, pelo Poder Judiciário, do exercício dos direitos, liberdades e prerrogativas, inviabilizados em virtude da ausência de norma regulamentadora.

Essa proposição fica ainda mais evidente se a posição em análise for a concretista geral, para a qual os efeitos da decisão concessiva do mandado de injunção são *erga omnes*. Em verdade, em sede de mandado de injunção, isso claramente ultrapassa a atividade de regulamentação do caso concreto, invadindo a função legislativa; e “sob o paradigma do Estado Democrático de Direito, não caberia ao Supremo Tribunal legislar”(CATTONI, 1998, p. 95). O equívoco deriva da já criticada comparação do mandado de injunção com a ação Direta de inconstitucionalidade por omissão (CATTONI, 1998, p. 95). Mencionada comparação, aliás, também contaminou a posição concretista individual direta do *STF*, tendo em vista que os Ministros Carlos Veloso e Marco Aurélio, que lhe são adeptos, a justificam através do argumento de que a constituição criou mecanismos distintos voltados a controlar omissões inconstitucionais. O mandado de injunção, todavia, não se destina à declaração de omissões inconstitucionais, pelo que o *STF* precisa rever os argumentos que fundamentam a posição concretista individual direta.

Nesse sentido, mesmo com a alteração da corrente majoritária do Supremo acerca da decisão concessiva do mandado de injunção, como já foi dito, de não concretista para concretista individual direta, ainda perduram falhas¹⁴ na fundamentação dos novos julgados acerca do tema. Mesmo assim, não há como negar o progresso protagonizado pela nova composição dos Ministros do *STF* acerca do tema. Confira-se:

Estamos diante de uma situação jurídica que, desde a promulgação da Carta Federal de 1988 (ou seja, há mais de 17 anos), remanesce sem qualquer alteração. Isto é, mesmo com as modificações implementadas pela Emenda nº 19/1998 quanto à exigência de lei ordinária específica, o direito de greve dos servidores públicos ainda não recebeu o tratamento legislativo minimamente satisfatório para garantir o exercício dessa prerrogativa em consonância com imperativos

¹⁴ Vale ressaltar, forte em como Álvaro Ricardo, que “[...] a destrancentalização das condições de validade do conhecimento exige que nenhuma pretensão, inclusive a da resposta correta, possa pretender ser definitiva, absoluta, perfeita, eis que é inadmissível na atualidade a idéia de uma fundamentação última nas ciências e na filosofia. Logo, quando se busca uma resposta correta, de antemão já se sabe que ela não é ‘a resposta correta’, no sentido filosófico de uma resposta última, definitiva, eterna, não passível de crítica ou ulterior revisão.” (CRUZ, 2007, p. 247)

constitucionais.

Por essa razão, não estou a defender aqui a assunção do papel de legislador positivo pelo Supremo Tribunal Federal.

Pelo contrário, enfatizo tão-somente que, tendo em vista as imperiosas balizas constitucionais que demandam a concretização do direito de greve a todos os trabalhadores, este Tribunal não pode se abster de reconhecer que, assim como se estabelece o controle judicial sobre a atividade do legislador, é possível atuar também nos casos de inatividade ou omissão do Legislativo. (MI 670/ES, Voto - Vista, Min. Gilmar Mendes. Disponível em: <www.google.com.br> e em: <www.idp.edu.br/download.php>. Acesso em: 6 mai. 2008).

E ainda:

A jurisprudência que se formou no Supremo Tribunal Federal, a partir do julgamento do MI 107/DF, Rel. Min. MOREIRA ALVES (RTJ 133/11), fixou-se no sentido de proclamar que a finalidade, a ser alcançada pela via do mandado de injunção, resume-se à mera declaração, pelo Poder Judiciário, da ocorrência de omissão inconstitucional, a ser meramente comunicada ao órgão estatal inadimplente, para que este promova a integração normativa do dispositivo constitucional invocado como fundamento do direito titularizado pelo impetrante do “*writ*”.

Esse entendimento restritivo não mais pode prevalecer, sob pena de se esterilizar a importantíssima função político-jurídica para a qual foi concebido, pelo constituinte, o mandado de injunção, que deve ser visto e qualificado como instrumento de concretização das cláusulas constitucionais frustradas, em sua eficácia, pela inaceitável omissão do Congresso Nacional, impedindo-se, desse modo, que se degrade a Constituição à inadmissível condição subalterna de um estatuto subordinado à vontade ordinária do legislador comum. (MI 712 / PA, Voto de Vista, Ministro Celso de Mello. Disponível em: <www.google.com.br> e em: <www.esdc.com.br/decisoes/MI712cm.pdf>. Acesso em: 6 mai. 2008).

E finalmente:

O argumento de que a Corte estaria então a legislar – o que se afiguraria inconcebível, por ferir a independência e harmonia entre os poderes (art. 2º da Constituição do Brasil) e a separação dos poderes (art. 60, 4º, III) – é insubsistente. Pois é certo que este Tribunal exercerá, ao formular a norma regulamentadora de que carece o artigo 40, §4º, da

Constituição, função normativa, porém não legislativa. (MI 712/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, Voto- Vista Ministro Eros Grau, p. 24/25, Tribunal Pleno, DJ 29/11/2007. Disponível em: <www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>. Acesso em: 6 de mai. 2008.)

Cumpre salientar, em tempo, que atualmente começam a surgir dentro do *STF* novas posições em relação do princípio da separação dos poderes:

Essa eminente atribuição conferida ao Supremo Tribunal Federal põe em evidência, de modo particularmente expressivo, a dimensão política da jurisdição constitucional conferida a esta Corte, *que não pode demitir-se do gravíssimo encargo de tornar efetivos os direitos econômicos, sociais e culturais - que se identificam, enquanto direitos de segunda geração, com as liberdades positivas, reais ou concretas (RTJ 164/158-161, Rel. Min. CELSO DE MELLO) -, sob pena de o Poder Público, por violação positiva ou negativa da Constituição, comprometer, de modo inaceitável, a integridade da própria ordem constitucional:*

[...]

É que, se tais Poderes do Estado agirem de modo irrazoável ou procederem com a clara intenção de neutralizar, comprometendo-a, a eficácia dos direitos sociais, econômicos e culturais, afetando, como decorrência causal de uma injustificável inércia estatal ou de um abusivo comportamento governamental, aquele núcleo intangível consubstanciador de um conjunto irredutível de condições mínimas necessárias a uma existência digna e essenciais à própria sobrevivência do indivíduo, aí, então, justificar-se-á, como precedentemente já enfatizado - e até mesmo por razões fundadas em um imperativo ético-jurídico -, a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário, em ordem a viabilizar, a todos, o acesso aos bens cuja fruição lhes haja sido injustamente recusada pelo Estado. (ADPF 45 MC/DF, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 04.05.2004, p.12. grifo acrescido. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/jurisprudencia>>. Acesso em: 14 mar. 2007).

A decisão acima colacionada, evidentemente, não está de todo “descontaminada” da influência causada pela teoria alexiana¹⁵, que entende os direitos como valores ou comandos otimizáveis (bens de fruição). Não obstante, já representa um avanço considerável, sobretudo porque reconhece a impossibilidade de omissão (ou inércia) do Poder Judiciário em face da não implementação dos direitos sociais, econômicos

¹⁵ Sobre essa teoria falar-se-á no tópico 4, subtítulo 4.1 deste artigo.

e culturais pelos Poderes Executivo e Legislativo. Em virtude disso, ainda que não se trate, especificamente, de uma posição relativa à decisão concessiva do mandado de injunção, possui extrema relevância para o caso em comento, visto que o raciocínio por ela desenvolvido, com algumas ressalvas¹⁶, pode ser perfeitamente aplicado à referida garantia constitucional.

4. Crítica ao entendimento dos direitos fundamentais como comandos otimizáveis e à tese da “reserva do possível”

4.1 Normas *versus* valores: direitos fundamentais como princípios deontológicos ou como comandos otimizáveis

Feitas as devidas críticas às posições do *STF* acerca do mandado de injunção, passa-se, nesse momento, à análise de como devem ser concebidos os direitos fundamentais, sob o enfoque do paradigma democrático.

Em linhas gerais, um dos grandes problemas gerados pela mudança de paradigma, do Estado Liberal para o Estado Social, adveio da tentativa de construção de uma tipologia estrutural e/ou funcional das normas constitucionais, baseada em critérios semânticos. Daí o porquê do surgimento das doutrinas norte-americanas das normas *self-executing* e das normas *not-self-executing*, das teorias weimarianas¹⁷ das “normas meramente diretivas” (cf. SILVA, 1999, p. 79/80), das “normas preceptivas”, e ainda, das várias teorias da aplicabilidade e da eficácia, entre as quais, destaca-se a de José Afonso da Silva.¹⁸ Essa tentativa de enquadrar as normas constitucionais em uma classificação baseada no sentido das palavras (cf. PEREIRA, 2001, p. 108)¹⁹ motivou os órgãos jurídicos, no auge de sua *discrecionalidade ou liberdade* (CATTONI, 2001, p. 186), a interpretar inadequadamente as normas constitucionais, igualando-as a valores jurídicos (Jurisprudência dos Valores).²⁰ O grande problema

¹⁶ Algumas dessas ressalvas são as seguintes: a) em sede de mandado de injunção o Poder Judiciário não exerce atividade legislativa, mas de regulamentação do caso concreto. b) sob o paradigma do Estado Democrático de Direito os direitos fundamentais não podem ser entendidos como valores, ou comandos de otimização, mas como princípios deontológicos, devendo ser aplicados, e não priorizados. Destarte, não podem ser entendidos como *bens* de fruição, visto que os bens, assim como os valores, são atrativos, possuindo aplicabilidade ponderada. Sobre o tema, ver tópico 4, subtítulo 4.1 deste artigo.

¹⁷ Advindas da Constituição de Weimar, na Alemanha, conhecida como sendo o marco inicial do que se convencionou chamar de Constitucionalismo Social.

¹⁸ Sobre o assunto, conferir em SILVA, 1999, p. 99/141; BONAVIDES, 2004, p. 232, 233, 236 e 237; CATTONI, 1998, p. 41; CATTONI, 2001, p. 185 e CATTONI, 2002, p. 59.

¹⁹ A interpretação das normas jurídicas com base em critérios semânticos compreende o clássico método (de interpretação) literal. Nesse sentido, ver tópico 2, subtítulo 2.1, p.6, deste artigo.

²⁰ Sobre o tema, ver CAMARGO, 2003, p. 117/127 e HABERMAS, 2003f, p. 314;

é que, como assevera Marcelo Cattoni, o fato de as normas poderem refletir valores não significa que “[...] elas sejam ou devam ser tratadas como valores”(CATTONI, 1998, p. 139). Em outras palavras:

[...] normas e valores distinguem-se, em primeiro lugar, através de suas respectivas referências ao agir obrigatório ou teleológico; em segundo lugar, através da codificação binária ou gradual de suas pretensões de validade, em terceiro lugar, através dos critérios aos quais o conjunto de sistemas de normas ou de valores deve satisfazer. Por se distinguirem segundo essas qualidades lógicas, eles não podem ser aplicados da mesma forma. (HABERMAS, 2003f, p. 317/318)

Diante da distinção empreendida por Habermas, é evidente que os direitos fundamentais adquirem sentido distinto se concebidos, como entende Dworkin, como princípios jurídicos deontológicos, ou, como pensa Alexy, como bens jurídicos otimizáveis. Tanto é assim, que Habermas chega a afirmar que, “[...] quando Dworkin entende os direitos fundamentais como princípios deontológicos do direito e Alexy os considera como bens otimizáveis do direito, não estão se referindo à mesma coisa” (HABERMAS, 2003f, p. 318). Essa afirmação, como bem analisa Marcelo Cattoni:

[...] deriva do fato de que as normas – quer como princípios, quer como regras – visam ao que é devido, são enunciados deontológicos: à luz de normas, posso decidir qual é a ação ordenada. Já os valores visam ao que é bom, ao que é melhor; condicionados a uma determinada cultura, são enunciados teleológicos; uma ação orientada por valores é preferível. Ao contrário das normas, valores não são aplicados, mas priorizados. (CATTONI, 1998, p. 139)

Nesse sentido, afigura-se impossível a tradução de um comando normativo, de caráter deontológico, em plexo de ordens meramente teleológicas (valores). Isso porque a forma de operar do direito “[...] não pode se dar em torno do emprego de valores, sob pena de perdemos com isso qualquer possibilidade de legitimidade do mesmo”. (CRUZ, 2007, p. 276) Isso porque, repita-se, valores visam ao que é bom, ao que é melhor, o que, inegavelmente, em sociedades plurais, não pode ser resumido em uma concepção apenas, nem a um binômio certo/errado, lícito/ilícito.²¹

²¹ Segundo Álvaro Ricardo, “[...] em sociedades profanizadas com as atuais[...]os projetos pessoais e as concepções do que seja ‘vida boa’ são as mais distintas em termos de religião, ética, economia, opção sexual etc.” (CRUZ, 2007, p. 279), o que torna impossível a definição de um *ethos* jurídico dominante capaz de fornecer quais seriam os valores igualmente dominantes para fins de aplicação do Direito.

É exatamente em virtude disso que os direitos fundamentais, à luz do paradigma Democrático, não podem ser entendidos como valores (ou como comandos/mandados de otimização), devendo ser aplicados, e nunca, priorizados:

Os que pretendem diluir a constituição numa ordem concreta de valores desconhecem seu caráter específico; enquanto normas do direito, os direitos fundamentais, como também as regras morais, são formados segundo o modelo de normas de ação obrigatórias – e não segundo o modelo de bens atraentes. (HABERMAS, 2003f, p. 318)

Nas palavras de Álvaro Ricardo:

Está claro que qualquer ordenamento jurídico traz consigo a expressão de valores que tem a pretensão de contribuir para a estabilização das expectativas racionais de comportamento. Contudo, tal como visto, o Direito opera sob um código binário (lícito/ilícito) que o faz distinto da noção de gradualidade inerente aos valores. (CRUZ, 2007, p. 279) (acréscimo nosso).

Portanto, qualquer tese que defenda a existência de normas de conteúdo programático é, com base no paradigma Democrático, completamente infundada²². Foi exatamente isso que Marcelo Cattoni quis dizer quando afirmou que “não há normas programáticas ou de eficácia diferida.” (CATTONI, 1998, p. 27).

4.2 Crítica à tese da garantia do exercício dos direitos no limite ou na reserva do possível

Diante da realidade de que os direitos fundamentais (entendidos como princípios deontológicos) devem ser aplicados, e não priorizados, coloca-se em cheque a tese que defende a tutela jurisdicional do exercício de direitos no limite ou na “reserva do possível”.

A bem da verdade, sob a égide da Constituição Federal de 1988, não há espaço para a visão “jurídico-materializante do Estado Social”²³, no qual o texto da Constituição possui normas (princípios) que consagram programas de aplicação futura, ou seja, a ser efetivamente implementados à medida que o Estado possuir/adquirir condições (financeiras, espaciais, estruturais etc.) para tanto (Cf. CATTONI, 1998, p. 27).

²² Acerca do tema, vide comentário de Álvaro Ricardo em CRUZ, 2007, p. 273.

²³ OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. *Direito processual constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001, p. 185.

Nesse sentido, sob o paradigma Democrático, a tese da “reserva do possível” jamais poderá ser entendida/utilizada de forma a dar suporte a planos econômicos inconstitucionais ou justificar a “inefetividade” de direitos fundamentais, sobretudo sociais. (Cf. CRUZ, 2007, p. 377)

Fato é que, sob o paradigma do Estado Democrático de Direito, direitos devem sempre ser aplicados/efetivados e, nunca, priorizados/ponderados,²⁴ tal como se fossem princípios²⁵ otimizáveis, consubstanciadores de valores fundamentais, bem como de programas de fins. Nenhuma teoria, portanto, poderá ser utilizada, seja pelo Executivo, Legislativo ou Judiciário, para burlar a implementação de direitos fundamentais.

Contudo, como é inadmissível pensar que direitos, ainda que fundamentais, sejam absolutos, “[...] levar em conta a contingência de escassez de recursos”, ou, em outras palavras, considerar a (tese da) reserva do possível, “[...] só é viável caso se proceda por meio de argumentos de princípio”²⁶ (CRUZ, 2007, p. 379). Assim é que, em discursos de aplicação, o caráter deontológico do direito sempre deverá ser preservado/considerado, razão pela qual, decisões como a proferida no julgamento da *APDF 45 MC/DF*, apesar de representarem um avanço no que tange à concepção do Supremo acerca dos direitos fundamentais, sempre deverão ser analisadas criticamente:

[...] Não deixo de conferir, no entanto, assentadas tais premissas, significativo relevo ao tema pertinente à “reserva do possível” (STEPHEN HOLMES/CASS R. SUNSTEIN, “The Cost of Rights”, 1999, Norton, New York), notadamente em sede de efetivação e implementação (sempre onerosas) dos direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais), cujo adimplemento, pelo Poder Público, impõe e exige, deste, prestações estatais positivas concretizadoras de tais prerrogativas individuais e/ou coletivas. É que a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais – *além de caracterizar-se pela gradualidade de seu processo de concretização* – depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades

²⁴ O que se quer afastar é a ponderação nos moldes em que pensados por Alexi, ou seja, como subprincípio do princípio da proporcionalidade. Nesse sentido, ver CRUZ, 2007, p. 208/209 e 359.

²⁵ Acerca da “clássica” divisão entre princípios e regras, considera-se neste trabalho a teoria de Álvaro Ricardo, para quem, após sob uma ótica pós-moderna, “[...] seria mais consentâneo reconhecer que todo ordenamento jurídico contém tão-somente normas *prima facie* vinculantes e, como tais, sempre dependentes do caso concreto para se tornarem uma norma jurídica definitiva. É, assim, na forma de aplicação do Direito, que subjaz a distinção preconizada por Dworkin e acatada por Günther” (entre regras e princípios) (CRUZ, 2007, p. 318/319).

²⁶ Sobre a distinção entre argumentos de princípio e argumentos de política, ver CRUZ, 2007, p. 266, citando Dworkin.

orçamentárias do Estado, de tal modo que, comprovada, objetivamente, a incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política. *Não se mostrará lícito, no entanto, ao Poder Público, em tal hipótese - mediante indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa - criar obstáculo artificial que revele o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência.* Cumpre advertir, desse modo, que a cláusula da “reserva do possível” - ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível – não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade. (ADPF 45 MC/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO, DJ 04.05.2004, p.12. Decisão Monocrática disponível em: <<http://www.stf.gov.br/jurisprudencia>>. Acesso em: 14 mar. 2007, grifo nosso).

Esse julgado, apesar de conceber como válidas várias teses criticadas pelo presente trabalho, já representa um avanço no que tange à concepção dos direitos fundamentais, visto que reconhece a obrigatoriedade de garantia desses direitos pelo Estado, ainda que num patamar mínimo (“o mínimo essencial”).²⁷

Contudo, se analisada à luz do paradigma Democrático, a referida decisão apresenta, ainda, várias impropriedades, a saber: a) está pautada em argumentos preponderantemente de política; b) considera como válida a tese de que direitos possam ser operados como se valores fossem, ou seja, gradualmente; c) desconsidera que também os direitos fundamentais individuais, e não só os sociais, possuem uma dupla dimensão: uma positiva, que demanda uma ação (onerosa), e outra negativa, que demandaria uma omissão²⁸.

²⁷ Por mínimo existencial entende-se, com Ana Paula Barcelos, ser “*exatamente o conjunto de circunstâncias materiais mínimas a que todo o homem tem direito*”, “*o núcleo irredutível da dignidade da pessoa humana*.” Aludido conceito deve ser, conforme assevera Álvaro Ricardo, desconectado da lei da colisão e de técnicas de argumentação axiológicas. Deve, portanto, levar em conta uma “*conotação de posição equitativa de oportunidades partindo-se da garantia de um conjunto básico de atendimento das necessidades do indivíduo*”. (CRUZ, 2007, p. 365)

²⁸ Acerca do tema, conferir CRUZ, 2007, p. 299.

Assim, é evidente que a questão da inexistência de aportes materiais (eventualmente necessários para a implementação de direitos sociais) jamais poderá ser fundada em discursos político-econômicos, tendo em vista tratarem-se, evidentemente, de discursos políticos. Por outro lado, jamais deverá ser associada a teorias inerentes a paradigmas ultrapassados, tal qual a tese de que direitos possam ser operados gradualmente.

A intenção, aqui, é de contribuir para o discurso acerca do conflito entre a inexistência de aportes materiais e a efetivação de direitos fundamentais, sem deixar de ter em mente que, sob o paradigma Democrático, qualquer concepção acerca do Direito dever levar em conta o seu caráter deontológico. Contudo, não há, no presente trabalho, a mínima pretensão de esgotar o tema.

5. Análise do direito social ao lazer e da importância de sua efetividade

Agora assim, após a descrição dos problemas paradigmáticos que circundam as compreensões dominantes acerca do mandado de injunção, e, sobretudo, dos direitos fundamentais, passa-se a analisar o direito social ao lazer.

Seguindo a linha de pesquisa de Fernando Henrique Soares de Oliveira, pautada na definição de lazer elaborada por Joffre Dumazedier²⁹, e, ainda, de José Guilherme C. Magnani³⁰, o direito ao lazer seria o direito ao gozo efetivo da livre vontade, seja, para repousar, divertir-se, recrear-se, entreter-se, ou para desenvolver uma formação voltada à participação social voluntária e à livre capacidade criadora. Em que pese o valor didático dessa definição, o que de fato interessa para o presente trabalho é que o direito ao lazer, sob a perspectiva do paradigma do Estado Democrático de Direito, não pode ser entendido como um comando otimizável, realizável na medida do possível, mas como princípio deontológico, cujo exercício deve ser assegurado ao cidadão pelo Estado, porquanto, como direito (e direito fundamental), não constitui um valor.

Isso, contudo, não significa que o Estado deva determinar o que seja ou não o direito ao lazer. Obviamente, quem optará por exercer determinada atividade que ilustre, no caso específico, o lazer, será o próprio indivíduo ou um determinado conjunto de indivíduos, para quem a atividade escolhida represente, eventualmente, o pleno gozo

²⁹ OLIVEIRA, Fernando Henrique Soares. *A Importância do brincar e da educação infantil para o lazer em escolas de educação e infantil*. Disponível em: <http://www.redcreacion.org/documentos/enare14/Mt_el01.html>. Acesso em: 10 fev. 2007.

³⁰ MAGNANI, José Guilherme C. *O lazer na cidade*. Disponível em: <<http://www.n-a-u.org/Magnanilazer.html>>. Acesso em: 10 fev. 2007.

do direito ao lazer.³¹ O Estado jamais deverá, nesse diapasão, determinar o que seja ou não o direito ao lazer, cabendo-lhe, apenas, implementar as condições necessárias ao exercício efetivo desse direito por todos os membros da comunidade.³² Isso porque, conforme já foi dito exaustivamente, a atividade estatal, à luz do paradigma Democrático, deve estar relacionada com a garantia dos direitos fundamentais, o que não quer dizer, definitivamente, que esses direitos, entre eles o direito social ao lazer, devam ser entendidos como uma concessão estatal (que justificaria uma incompreensível delimitação do lazer).

E, sem dúvidas, uma das formas viáveis à garantia e efetivação de direitos fundamentais é a regulamentação do caso concreto, em sede de mandado de injunção. Obviamente, essa proposição está pautada na indelével afirmação de que, sob o paradigma Democrático, a norma definidora do direito social ao lazer, não obstante a sua abstratividade, garante ao cidadão um direito que “não pode ser compreendido como um bem, mas como algo que é devido e não como algo que é atrativo.” (CATTONI, 1998, p. 27) Nesse sentido, toda alusão ao direito social ao lazer deve respeitar a realidade de que ele é um direito fundamental e, a partir daí, compreendê-lo como norma sujeita à regra prevista no artigo 5º, §1º da Constituição da República de 1988.

6. Análise dos reais efeitos da decisão concessiva do mandado de injunção à luz do Estado Democrático de Direito

Consoante Marcelo Cattoni, “[...] se o mandado de injunção é uma garantia constitucional processual do exercício de direitos constitucionais, inviabilizado por

³¹ Nos dias atuais, devido ao crescente anseio da comunidade pelo lazer, muitas são as políticas desenvolvidas pela Administração Pública (Poder Executivo) com a finalidade de ampliar esse direito. Essa é, inclusive, uma característica comum aos programas de governos dos diversos candidatos ao Executivo, seja no âmbito municipal, estadual ou federal. Ocorre que essas políticas, na maior parte das vezes, são reduzidas a programas de incentivo à prática desportiva e ao turismo, o que, inegavelmente, acarreta uma considerável delimitação do lazer. Isso se deve, principalmente, a uma compreensão “clientelista” do direito social ao lazer, cuja implementação é confundida com concessão estatal. Como se não bastasse, essas políticas estão estritamente vinculadas a uma determinada gestão administrativa, o que dificulta a implementação continuada desses programas, mormente quando da sucessão eleitoral. Nesse sentido, vide o *Programa Esporte e Lazer da Cidade*, criado pelo Ministério do Esporte (SNDEL), disponível em: <www.esporte.gov.br/esportelazer/default.asp>. Acesso em: 11 fev. 2007.

³² Atualmente, no âmbito do Poder Executivo municipal, algumas políticas são criadas com o objetivo de atender diretamente aos anseios da população. Um exemplo dessas políticas é Orçamento Participativo (Conceito disponível em: <<http://pt.wikipedia.org>>. Acesso em: 12 fev. 2007). Algumas dessas consultas, apesar de politicamente direcionadas, demonstram claramente o anseio da população brasileira por áreas de lazer. Nesse sentido, vide os resultados das decisões comunitárias realizadas nas cidades de Porto Alegre (RS), Bangu(RJ), e Belo Horizonte(MG), disponíveis, respectivamente, em: <www.l.prefpoa.com.br>, <www.rio.rj.gov.br/planoestrategico> e <www.quinzenario.com.br>. Acesso em: 11 fev. 2007.

falta de norma regulamentadora” (CATTONI, 1998, p. 184) para se determinarem os efeitos da decisão que o conceda (do provimento jurisdicional), é necessário ter em mente a resposta de três questões: a) o que é falta de norma regulamentadora que torne inviável o exercício desses direitos?; b) como compreender a inviabilização do exercício de direitos por falta de norma regulamentadora diante do previsto pelo art. 5º, §1º, da Constituição?; e c) o que é garantir processualmente o exercício de direitos constitucionais inviabilizado por falta de norma regulamentadora (CATTONI, 1998, p. 184/185)? As respostas a essas perguntas são dadas por ele próprio:

[...] a falta de norma regulamentadora pode inviabilizar o exercício dos direitos e não as normas que prescrevem ou “definem” esses direitos. Isso, inclusive, porque a Constituição fala em ‘falta de norma regulamentadora que torne inviável o exercício de direitos constitucionais’ (art.5º, LXXI) e ao mesmo tempo, ao explicitar o seu caráter vinculante, determina a ‘aplicação imediata’ das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais(art. 5º,§1º) expressos, implícitos ou decorrentes.(art. 5º, §2º).

É pois, necessário, distinguir a ‘definição’ dos direitos (seu caráter *prima facie*) do seu ‘exercício’ (o caráter *definitivo* das normas que irão reger, em cada caso, esse último), como base na diferenciação avançada, no marco do Estado Democrático de Direito, entre discursos de justificação e discursos de aplicação. O que quer dizer, pois, que a atividade realizada pelo poder judiciário em sede de MI, não deve ser compreendida, como o foi pela doutrina da tutela do exercício dos direitos no limite do possível, como sendo legislativa, mas de regulamentação, e regulamentação para o caso concreto. Tal atividade não deve ser, portanto, compreendida como sendo de justificação, mas de aplicação do Direito. Diante disso, garantir processualmente, através do Mandado de Injunção, o exercício de direitos constitucionais, cujo exercício está inviabilizado por falta de norma regulamentadora, consiste em aplicar diretamente a norma constitucional definidora de um direito a um caso concreto, estabelecendo como esse direito deverá ser exercido. Tal ação deverá ser julgada através de um procedimento jurisdicional especial. Mas especial em que sentido? No sentido de que o Mandado de Injunção é uma ação especial que visa à tutela de direitos constitucionais, cujo exercício está inviabilizado por falta de norma regulamentadora.(CATTONI, 1998, p. 185/186)

Com base nessas respostas, o autor justifica a sua posição de que a decisão concessiva do mandado de injunção possui efeitos declaratórios, constitutivos, mas, também,

condenatórios (CATTONI, 1998, p. 186). Essa assertiva corrobora, sobremaneira, para a compreensão do mandado de injunção como o instrumento constitucional próprio para, no caso concreto, solucionar o problema da inexistência de norma regulamentadora, que inviabiliza o exercício do direito social ao lazer.³³

7. Mandado de injunção como viabilizador do direito social ao lazer

Se entre as obrigações do Estado Democrático de Direito está a de implementar condições que garantam, a todos os membros da comunidade, o efetivo exercício dos direitos fundamentais, obviamente, a atividade realizada pelo Poder Judiciário é determinante para que essa função deixe o plano teórico para alcançar o plano pragmático.

Em sede de mandado de injunção, por exemplo, cabe ao Poder Judiciário regulamentar o caso concreto, suprimindo a ausência de norma que impede o efetivo exercício dos direitos e liberdades constitucionais, além das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania. No que tange ao direito social ao lazer, não caberá ao Poder Judiciário (em sede de mandado de injunção) solucionar o caso concreto através da determinação do que seja ou não o lazer para o indivíduo (ou conjunto de indivíduos). É o titular do direito inviabilizado quem definirá, no caso específico, a modalidade de lazer cujo exercício esteja sendo impossibilitado pela ausência de norma regulamentadora.

Dito isso, é necessário esclarecer que as eventuais normas elaboradas pelo Poder Legislativo com o intuito de regulamentar o direito ao lazer, ao contrário do que possa parecer até o momento, não devem estar relacionadas com uma determinada espécie de lazer, cuja infinidade é uma característica marcante, porquanto, nesse caso, estar-se-ia criando uma série de “estatutos” regulamentadores do lazer, tal como o Estatuto do Torcedor, descrito pela lei 10.761/2003. Ao contrário, o que o Poder Legislativo deveria fazer para, eficazmente, regulamentar o direito ao lazer, seria criar leis que, em primeiro lugar, estivessem contextualizadas com os anseios da comunidade em relação ao lazer. Para isso, essas leis deveriam, necessariamente, ser discutidas com a comunidade, a fim de que fosse respeitado um processo democrático de formação da vontade (caracterizado pelo discurso), que garantiria um assentimento intersubjetivo, de forma que os cidadãos (entendidos como co-associados livres e iguais perante o direito) pudessem ser considerados, ao final, como os seus próprios formadores. Essas normas, intimamente vinculadas a uma generalidade de anseios da comunidade em relação ao direito ao lazer, tenderiam

³³ Sobretudo se forem levadas em conta as modernas teorias da *Horizontalização dos Direitos Fundamentais* e, da *Eficácia Direta dos Direitos Fundamentais*. Vide em CRUZ, 2007, p. 325/355.

a criar centros de entretenimento (nas escolas, bairros, vilas, guetos, favelas etc.), onde esses anseios viessem a ser efetivamente postos em prática (sua criação seria de competência do Município, uma vez que a regulamentação do exercício do direito ao lazer representaria, *a priori*, uma questão de interesse local (art. 30, I, CF/88); ou, ainda, caracterizar-se-iam pela criação de formas de acesso a áreas eventualmente existentes, embaraçadas, por ex., pelo exercício do direito à propriedade privada (como, por ex., criando servidões de trânsito a fim de possibilitar o acesso de turistas a cachoeiras localizadas em cidades históricas, ou praias, cravadas em propriedades privadas, tendo em vista tratarem-se os rios, mares, praias etc. de bens de uso comum do povo (art. 99, I, CC/2002).

Diante dessas explicações, resta claro que o mandado de injunção deverá ser impetrado por um cidadão (ou por um conjunto de cidadãos) sempre que a ausência dessa norma regulamentadora tornar inviável o exercício do direito social ao lazer, ou melhor, sempre que inexistirem normas tendentes a regulamentar as circunstâncias que tornem possíveis o exercício dos anseios dessa comunidade em relação ao lazer. A atividade jurisdicional consistirá, pois, em regulamentar essas circunstâncias, de modo a criar condições que viabilizem, no caso concreto, o exercício do direito social ao lazer.

Infelizmente, não há, no Judiciário Brasileiro, casos concretos que ilustrem a tese defendida neste trabalho. Contudo, inúmeras são as situações que, se aparecessem em demandas judiciais na forma de MI, serviriam como exemplos pragmáticos da hipótese aqui descrita. A situação dos deficientes visuais que, ao menos no Brasil, raramente encontram à sua disposição áreas (centros de entretenimento) projetadas para o exercício do lazer é uma delas.³⁴ No caso dos deficientes visuais, a inexistência de uma norma que regulamente a instalação/implantação, em parques, ou em centros de entretenimento (como se propôs), de atrativos aos deficientes visuais, acaba por resultar na inércia do Executivo em implementar políticas públicas como essas. De fato, como alguns podem vir a indagar, a implementação pelo Executivo poderia viabilizar o exercício desse direito. Contudo, como a questão não está regulamentada, essas políticas tenderiam a perder força e, com o tempo, ser esquecidas/preteridas, sobretudo pelo seu alto custo e a pela complexidade de sua manutenção. É exatamente em vista disso que a regulamentação da situação se mostra essencial, sob pena de a falta de norma inviabilizar o exercício dessa modalidade de lazer, atinente aos deficientes visuais de determinada municipalidade.

Ademais, só é possível exigir da Administração Pública a implementação de uma

³⁴ Acerca do tema, vide *O Direito ao Lazer do Deficiente Visual em Áreas Naturais Públicas e Unidades de Conservação*, disponível em: <www.ivt-rj.net/sapis/pdf/DanielleJuliao.pdf>. Acesso em: 14 abr. 2007.

política que ultrapasse o plano médio de normalidade (que são comuns de serem implementadas) se há obrigatoriedade de implementação dessa política em virtude de lei (legalidade) ou de decisão judicial. No caso descrito, o(s) deficiente(s) visual (ais), e, ainda, o Ministério Público (artigo 127 da CF/88), seriam as partes legitimadas para impetração do MI.

Outra situação que ilustra a tese defendida neste artigo é a inviabilidade de acesso de pessoas carentes, de baixa renda, ou que vivem abaixo da linha de miséria³⁵ em shows musicais, espetáculos artísticos e estádios de futebol, causada, sobretudo, pelo elevado preço dos ingressos. A impossibilidade de acesso a esses locais é ainda maior quando há grande corrida pela busca dos ingressos, como em jogos da seleção brasileira, shows internacionais e espetáculos de clássicos cantores de MPB.

O fato é que a ausência de uma norma que regule a situação, no sentido, por exemplo, de disponibilizar uma quantidade de vagas para essa camada da população, economicamente desfavorecida (considerada a capacidade de espectadores no local e a procura de ingressos, por exemplo) acaba por inviabilizar o exercício do direito ao lazer nesse caso específico. Assim, também aqui caberia a impetração de MI a fim de solucionar a questão, a ser impetrado pelos interessados (aqueles que, em virtude da ausência dessa norma, tivessem inviabilizados o exercício dessa modalidade de lazer), ou pelo Ministério Público, conforme já se destacou.

Obviamente, está-se a pensar na hipótese de venda antecipada de ingressos, porquanto, para não haver problemas (de ordem) de implementação, é imprescindível que existam vagas, ou seja, que a capacidade não esteja esgotada. Caso todos os ingressos já tenham sido vendidos, não haverá, infelizmente, possibilidade de solução do caso concreto por meio do *writ of injunction*, haja vista não ser prudente, e nem viável, a disponibilização de vagas além da capacidade máxima comportada. Isso, contudo, não descaracteriza o exemplo, visto que a ausência de norma regulamentadora, nessa hipótese, acaba por inviabilizar o exercício do direito ao lazer pelos menos favorecidos economicamente.

Quanto à possível indagação de que, *in casu*, estar-se-ia diante de uma hipótese em que haveria a necessidade de lei prévia, o que alguns poderiam interpretar como sendo um argumento contrário ao cabimento do MI, é necessário esclarecer que a própria redação do artigo 5º, inciso LXXI, da CF/88, já indica que *writ of injunction* é uma medida de emergência posta à disposição dos cidadãos brasileiros para solucionar situações em que a ausência de norma regulamentadora (entre as quais está a lei) torna inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais, bem como das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.

³⁵ Mundo Desigual, disponível em: <<http://www.consciencia.net/mundo/desigual.html>>. Acesso em: 17 abr. 2007)

Assim, o ideal seria que já houvesse uma lei prévia, editada pelo Legislativo, a qual, eventualmente, regulamentasse a situação. Isso, contudo, não invalida o exemplo; ao contrário, dá-lhe credibilidade.

8. Conclusão

Diante de tudo o que foi delineado nessa pesquisa científica, está comprovado que o mandado de injunção, compreendido à luz do paradigma do Estado Democrático de Direito, é o instrumento próprio e eficaz para solucionar o problema da inviabilidade do direito social ao lazer, causado pela inexistência de norma regulamentadora.

Para que isso fosse possível, foi necessário discorrer acerca dos paradigmas do Estado Moderno, para, então, demonstrar a inadequabilidade das posições do Supremo Tribunal Federal, acerca da decisão concessiva do mandado de injunção, ao paradigma do Estado Democrático de Direito, descrito na Constituição Federal de 1988.

Nesse sentido, demonstrou-se que o problema das posições do *STF* devia-se a uma compreensão inadequada, à luz do paradigma do Estado Democrático de Direito, do princípio da separação dos poderes e, principalmente, dos direitos fundamentais.

A partir daí, com base nos estudos de Jürgen Habermas e, sobretudo, de Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira, provou-se de forma concludente que a atividade jurisdicional, em sede de mandado de injunção, não era legislativa, mas de regulamentação do caso concreto, fundamental para a solução do caso concreto.

Logo após, dissertou-se sobre os direitos fundamentais e, a partir de uma diferenciação entre normas e valores, fez-se ver que esses direitos não podiam ser entendidos como comandos otimizáveis, realizáveis à medida do possível, mas como princípios deontológicos, devendo ser aplicados e não priorizados.

Em seguida, desenvolveu-se um estudo acerca do direito social ao lazer, buscando adequá-lo a essa concepção dos direitos fundamentais, para, então, finalizar o trabalho com a demonstração de que, se corretamente entendido com base no paradigma do Estado Democrático de Direito, o *writ of injunction* é o instrumento próprio para a solução do problema relacionado à inviabilidade do exercício do direito social ao lazer causado pela inexistência de norma regulamentadora.

9. Referências bibliográficas

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 15. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

BRASIL. Constituição, 1988: *Constituição da República Federativa do Brasil*, 1988. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 30 abr.2006 e 14 mar.2007.

CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. *Hermenêutica e argumentação: uma contribuição ao estudo do direito*. 3. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza, *Hermenêutica Jurídica e(m) debate*. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

Dicionário Priberam. Língua Portuguesa *on line*. Disponível em: <<http://www.priberam.pt>>. Acesso em: 30 abr.2006 e 14 mar.2007.

Enciclopédia Wikipédia, a enciclopédia livre. Disponível em: <<http://pt.wikipedia.org>>. Acesso em: 12 fev. 2007.

GALUPPO, Marcelo Campos. *Da Idéia à defesa: monografia e teses jurídicas*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro*. Tradução: George Sperber, Paulo Astor Soethe. São Paulo: Loyola, 2002.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Tradução: Flávio Beno Siebeneichker – UGF. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

JULIÃO, Danielle P. e IKIMOTO, Silvia Marie. *O Direito ao Lazer do Deficiente Visual em Áreas Naturais Públicas e Unidades de Conservação*. Disponível em: <<http://www.ivt-rj.net/sapis/pdf/DanielleJuliao.pdf>>. Acesso em: 14 abr. 2007.

MAGNANI, José Guilherme C. *O lazer na cidade*. Disponível em: <<http://www.n-a-u.org/Magnanilazer.html>>. Acesso em: 10 fev. 2007.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

MUNDO Desigual. Disponível em: <www.consciencia.net/mundo/desigual.html>. Acesso em: 17 abr. 2007.

OLIVEIRA, Fernando Henrique Soares. *A importância do brincar e da educação infantil para o lazer em escolas de educação e infantil*. Disponível em: <www.redcreacion.org/documentos/enarel14/Mt_el01.html>. Acesso em: 10 fev. 2007.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. *Direito constitucional*. Belo Horizonte:

Mandamentos, 2002.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. *Direito processual constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. *Tutela jurisdicional e Estado democrático de direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

PEREIRA, Rodolfo Viana. *Hermenêutica filosófica e constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

PREFEITURA DE PORTO ALEGRE. Disponível em: <www.prefpoa.com.br>. Acesso em: 11 fev. 2007.

QUINTÃO, Mario Lúcio Soares. *Teoria do Estado*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

SECRETARIA NACIONAL DE DESENVOLVIMENTO DO ESPORTE E DO LAZER (SNDEL). *Programa esporte e lazer da cidade*. Disponível em: <<http://portal.esporte.gov.br>>. Acesso em: 11 fev. 2007.

SILVA, José Afonso. *Aplicabilidade das normas Constitucionais*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

_____. *Curso de direito constitucional positivo*. 6. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acesso em: 30 abr. 2006 e 14 mar. 2007.

VILANI, Maria Cristina Seixas. *Cidadania moderna: fundamentos doutrinários e desdobramentos históricos*. Cadernos de Ciências Sociais: [Belo Horizonte], v. 8, n. 11, p. 47-64, dez. 2002.